

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA THÉORIE
DES
ACTES DE GOUVERNEMENT
ET LE DROIT A LA
RÉPARATION DES DOMMAGES DE GUERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Lundi 26 Novembre 1917, à 2 heures

PAR

PAUL CHRISTIAENS

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants { *M. SOUCHON, professeur*
M. MEYNIAL, professeur

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

Année M^{me} Larose et Forcel

LÉON TENIN, Directeur

22, Rue Soufflot, PARIS - 5^e Arr.

1917

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA THÉORIE
DES
ACTES DE GOUVERNEMENT
ET LE DROIT A LA
RÉPARATION DES DOMMAGES DE GUERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Lundi 26 Novembre 1917, à 2 heures

PAR

PAUL CHRISTIAENS

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants { *M. SOUCHON, professeur*
M. MEYNIAL, professeur



LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY

Année M^{son} Larose et Forcel
LÉON TENIN, Directeur
22, Rue Soufflot, PARIS-5^e Arr.

1917



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA THÉORIE
DES
ACTES DE GOUVERNEMENT
ET LE DROIT A LA
RÉPARATION DES DOMMAGES DE GUERRE

I

Notre intention n'est pas d'étudier le fondement justificatif du droit à la réparation des dommages de guerre. Quel que soit ce fondement — principe de l'égalité devant les charges publiques, — solidarité sociale, — intérêt économique des régions libérées et de la nation tout entière, nous supposons qu'on a pris parti pour aboutir à l'idée qu'en bonne législation la légitimité de ce droit s'impose.

Notre intention n'est pas davantage d'étudier dans son intégralité la théorie des actes de gou-

vernement, ce qui impliquerait l'examen de la manière dont elle-même se justifie, de ses origines historiques, de l'évolution qu'elle a traversée tant en doctrine qu'en jurisprudence, du criterium sur lequel elle repose et des applications qui en découlent.

Nous entendons seulement envisager les rapports qui relient ces deux grandes questions, en nous demandant si, et dans quelle mesure, la théorie des actes de gouvernement constitue, dans notre droit public français, un obstacle à la reconnaissance du droit à la réparation des dommages de guerre.

D'après la théorie, regardée encore par beaucoup comme classique, les actes de gouvernement relèvent d'une souveraineté d'un degré plus élevé que la puissance publique de laquelle dérivent les actes d'administration, d'une souveraineté égale à celle de la loi, ne reconnaissant, comme celle-ci, qu'une autre souveraineté qui lui soit supérieure, celle de la constitution. En conséquence, de même que la loi, l'acte de gouvernement échappe, en France, à tout contrôle de nature juridique, à tout recours juridictionnel. En France, en effet, à la différence de ce qui existe en certains pays, principalement aux États-Unis d'Amérique, les tribunaux des différents

ordres ne se reconnaissent pas le pouvoir d'examiner la conformité de la loi avec l'acte de souveraineté qui lui est supérieur, avec la constitution.

Quel que soit le criterium auquel on s'attache pour fixer le caractère gouvernemental de l'acte, il semble bien que la guerre, les faits de guerre et, en particulier, les dommages inévitables qui en résultent, rentrent à coup sûr dans la notion gouvernementale. Suivant une des formules les plus sûres, tandis que l'administration tend à l'exécution journalière des services publics, le gouvernement vise au « salut de la centralisation politique » (1), par conséquent de « l'unité nationale ». Or, de toutes les mesures de ce genre, la guerre n'est-elle pas celle qui, plus que toute autre, vise à ce but ? N'est-il pas évident que ce salut de l'unité nationale n'est fait que de la somme des sacrifices individuels, d'abord en vies humaines, en blessures et mutilations corporelles, puis aussi, et à plus forte raison, en pertes matérielles nées de l'invasion ? S'il est vrai, que depuis le début du xx^e siècle, la jurisprudence du Conseil d'État a abandonné l'ancien

(1) HAURIU, *Précis de droit administratif*, 8^e édition, 1914, page 78.

dogme de l'irresponsabilité de l'État à raison des actes de sa puissance publique, cette évolution ne doit-elle pas se limiter aux actes de l'administration, sans pouvoir être étendue aux actes de gouvernement? « On ne peut pas dire qu'un État soit maître de la guerre, ni surtout de la victoire. Il est souverain, malgré qu'il n'ait pas les moyens d'empêcher la guerre. Il rentre bien dans son entreprise de préparer la défense du pays, mais il n'y rentre pas d'assurer la victoire. Cela est hors de ses moyens, par conséquent hors de sa responsabilité, hors des risques contre lesquels il assure. Pour la même raison, il n'assure pas contre l'envahissement du territoire. C'est comme si l'on demandait à l'État d'assurer contre les tremblements de terre. Il y a dans la guerre une part de cataclysme qui dépasse les moyens humains et les prévisions humaines. La meilleure preuve est ce qui arrive à l'Allemagne elle-même, qui avait tout prévu dans cette guerre, hormis un certain nombre de choses qui, très probablement, entraîneront sa perte. Il est donc prudent de laisser aux faits de guerre leur caractère traditionnel d'actes de gouvernement, c'est-à-dire d'actes qui n'entraînent pas de responsabilités du fait de la volonté de l'État, parce

qu'en réalité ils ne sont pas des actes de volonté libre » (1). Avec la guerre et les si graves dommages qu'elle entraîne, surtout dans les régions envahies et dévastées par l'ennemi, ne sommes-nous pas en plein cœur de la notion gouvernementale, qui, normalement, échappe au droit ?

(1) HAURIOU, *Note sur le principe et l'étendue du droit à indemnité pour les victimes des dommages de guerre*, pp. 2 et 3.
Publications du Comité National, fascicule C.

II

Une façon très simple de se soustraire à cette objection consiste à nier purement et simplement la théorie des actes de gouvernement. D'après plusieurs maîtres du droit administratif, il n'y aurait en effet qu'une seule espèce d'actes de puissance publique émanant du pouvoir exécutif, les actes d'administration. On ne va pas d'ailleurs jusqu'à nier l'absence de recours à l'égard de certains de ces actes, mais on prétend l'expliquer sans faire intervenir en rien la nature gouvernementale de l'opération, de sorte que la théorie des actes de gouvernement apparaîtrait à la fois comme inutile et dangereuse (1).

(1) MICHOUX, « Des actes de gouvernement », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, tome I, n° 2.

BRÉMOND, « Des actes de gouvernement », *Revue critique*, 1888, p. 561, et *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1896, tome I, page 23.

Elle est inutile, dit-on, parce que, en se bornant à considérer l'acte comme un acte administratif, l'absence de recours trouve son explication dans le jeu normal des règles admises par la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la recevabilité des recours contentieux. Ainsi, si toute juridiction compétente fait défaut pour statuer sur le recours, ou bien si personne n'a qualité pour former celui-ci, ou encore s'il s'agit d'un acte d'administration pure ou discrétionnaire, contre lequel nul ne peut invoquer un droit acquis, à quoi bon parler d'actes de gouvernement? L'absence de recours, en pareil cas, s'explique facilement sans qu'il soit besoin de faire intervenir cette notion.

Ainsi les décrets de convocation et d'ajournement des Chambres ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux. Mais ce n'est pas une raison pour les qualifier actes de gouvernement. Ce sont des actes administratifs et l'irrecevabilité du recours s'explique autrement que par la nature juridique de l'acte. D'abord quelle serait la juridiction constitutionnelle compétente pour trancher ce débat entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif? On n'en aperçoit aucune. Puis, qui donc aurait qualité pour former le recours? personne; car les Cham-

bres législatives ne sont pas des personnes morales et n'ont pas la capacité d'ester en justice. Enfin, contre ces décrets, quel droit acquis pourrait-on faire valoir? aucun, parce qu'il s'agit là d'actes d'administration pure ou discrétionnaire, c'est-à-dire d'actes pour l'opportunité desquels le pouvoir exécutif a pleine latitude, d'actes à propos desquels il reste en principe absolument maître de l'heure.

M. Hauriou (1) nous semble avoir réfuté ce raisonnement d'une façon lumineuse. Tout d'abord, dit-il avec raison, il est des cas dans lesquels on rencontre des intéressés ayant qualité pour intenter le recours en se fondant sur des droits acquis et dans lesquels existe une juridiction compétente. Ainsi en est-il par exemple des mesures d'exécution concernant les traités diplomatiques à l'égard des individus. Saisi d'un recours contre une mesure de ce genre, le Conseil d'État devrait donc se reconnaître compétent et déclarer le recours recevable, du moment que la mesure en question n'est regardée que comme un acte d'administration. Notamment le ministre retire à un médecin étranger le

(1) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 9^e édition, 1914, page 82, note 2.

droit d'exercer la médecine en France; ce médecin attaque l'arrêté ministériel devant le Conseil d'État et lui en demande l'annulation en se fondant sur les droits qu'il prétend tenir d'un traité. Le Conseil d'État, cependant, n'a pas hésité à déclarer ce recours irrecevable (C. E. 28 février 1896, Rosat). Comment peut s'expliquer cette fin de non-recevoir sinon par la nature gouvernementale de l'acte?

M. Hauriou, du reste, va plus loin. Reprenant l'exemple des décrets de convocation et d'ajournement des Chambres, il soutient qu'à leur égard la recevabilité du recours se comprendrait à merveille si ces décrets présentaient simplement le caractère administratif. En effet, d'un côté le recours pour excès de pouvoir est recevable contre tous les décrets de cette nature. Et l'on ne saurait prendre prétexte qu'il s'agit là d'un débat constitutionnel à propos duquel le Conseil d'État devrait décliner sa compétence. Avant l'institution du Tribunal des Conflits, créé en 1849 et restauré en 1872, c'était le Conseil d'État qui avait compétence pour juger les conflits d'attribution; or, il s'agissait, là aussi, d'une sorte de débat constitutionnel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. D'un autre côté, n'est-il pas téméraire de poser en principe que

les Chambres législatives sont dépourvues de qualité pour ester en justice? « Le Conseil d'État, dit l'auteur, loc. cit., reconnaît bien à d'autres corps élus capacité d'estimer en justice lorsqu'il s'agit de défendre leurs prérogatives, par exemple aux Conseils généraux dans l'arrêt du 8 août 1872, Laget » et l'auteur laisse à entendre que la personnalité morale des Chambres n'est peut-être pas si loin d'être admise par la jurisprudence, en citant à l'appui de cette affirmation l'arrêt du Conseil d'État du 3 février 1899, Joly (Sirey, 99.3.121 et la note).

A ces considérations qui nous paraissent très justes, il convient d'en joindre une autre (1). La doctrine qui nie l'existence des actes de gouvernement semble s'être surtout attachée à cette idée que, le plus souvent, l'absence de recours s'expliquerait parce qu'il s'agirait en réalité d'un acte d'administration pure ou discrétionnaire que l'on regarde comme échappant, par sa nature même, à tout recours contentieux. En un mot on semble bien confondre absolument ces actes avec les actes gouvernementaux. Or, cette confusion constitue une

(1) Elle a été présentée par M. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899 et à son cours.

erreur. Il est faux que les actes d'administration pure ou discrétionnaire soient, par leur nature même et comme les actes gouvernementaux, soustraits à tout recours juridictionnel. Il est bien vrai que leur légalité ne saurait être attaquée du chef de la violation de la loi et des droits acquis et c'est là justement ce qui fait leur caractère discrétionnaire. Ainsi un règlement de police est un acte d'administration discrétionnaire en ce sens que les particuliers n'ont aucun droit acquis à ce que cet acte intervienne à telle époque et de telle façon déterminée; la loi en effet n'impose à l'autorité administrative aucune obligation d'avoir à accomplir cet acte et, si elle juge bon de l'accomplir, elle la laisse entièrement maîtresse de choisir le moment opportun et d'édicter les mesures qu'elle estime les plus propres à la sauvegarde des intérêts généraux. De même un acte de tutelle administrative, comme une autorisation, est également un acte d'administration discrétionnaire en ce sens que les personnes administratives qui la sollicitent n'ont aucun droit acquis à l'obtenir. Mais il n'empêche que, malgré leur caractère discrétionnaire, ces actes doivent être accomplis par l'autorité compétente, dans les formes prescrites par

les lois et règlements et conformément à leur destination légale. En conséquence, la jurisprudence du Conseil d'État est très ferme pour déclarer recevable le recours pour excès de pouvoir formé contre ces actes et pour les annuler s'ils sont entachés d'incompétence, de vice de forme ou de détournement de pouvoir. C'est même à l'égard de cette espèce d'actes administratifs que la théorie, purement jurisprudentielle du détournement de pouvoir, trouve son application normale et courante (1). C'est donc une erreur de penser qu'il y a des actes administratifs soustraits par leur nature aux recours contentieux, de confondre les actes d'administration discrétionnaire avec les actes du gouvernement. Seuls, ces derniers, par leur nature, échappent à tout recours juridictionnel et sont ainsi placés en dehors du droit. Par conséquent, loin d'encourir le grief d'inutilité, la théorie des actes de gouvernement est au contraire essentielle. Car si elle est seule capable d'expliquer l'absence de recours, il importe grandement par contre de

(1) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e édition, 1896, tome II, pages 411 et 423 à 427.

limiter aussi soigneusement que possible la liste des actes ainsi retranchés de ce qu'il est permis d'appeler le droit sanctionnateur.

Mais l'on fait à cette théorie un second reproche, celui d'être particulièrement dangereuse, en ce qu'elle conduit trop souvent à écarter un contrôle juridictionnel qui, tout à l'inverse, devrait pouvoir s'exercer. Il y a là une part de vérité : certains actes ont été, en effet, pendant longtemps, traités à tort tant par la doctrine que par la jurisprudence comme des actes de gouvernement, tandis qu'en réalité ce sont des actes d'administration. Mais ce reproche était surtout fondé à l'époque, déjà lointaine, où l'on faisait dépendre du seul « mobile politique » de l'acte son caractère gouvernemental.

Ce qui nous semble devoir être retenu comme certain, c'est qu'il y a, à côté des actes d'administration, des actes de puissance publique qui relèvent d'une souveraineté supérieure, les actes de gouvernement. C'est en outre que cette théorie est celle de notre loi positive.

Elle a été en effet consacrée expressément par un texte formel, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, qui dit : « Les ministres ont le droit de revendiquer

devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la Section du contentieux (sous-entendu du Conseil d'Etat) et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Ce texte n'a fait l'objet d'aucune discussion à l'Assemblée nationale, mais il est la copie presque littérale de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849. La meilleure preuve en est que le texte de 1872, comme celui de 1849, ne parle que de la Section du contentieux : dans le système de la loi de 1849, la Section du contentieux n'était pas seulement, comme aux autres périodes de notre histoire, une section chargée en principe de l'instruction des affaires, c'était une section et même la section unique investie du pouvoir de juger; en 1872, l'article 26 de la loi du 24 mai a si peu retenu l'attention du législateur qu'il n'a même pas pris soin de le mettre en harmonie avec l'ensemble des institutions en vigueur, en substituant à la Section du contentieux, renfermée alors à nouveau dans son rôle d'instruction, l'assemblée du contentieux seule investie en principe de la juridiction. La conséquence de cette remarque s'impose : pour saisir la pensée du législateur de 1872, il faut remonter jusqu'à celle du législateur de 1849; en 1872 on n'a pas voulu, à coup sûr,

dire autre chose que ce qui avait été voulu en 1849.

Or le sens de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 a été complètement éclairé par l'exposé des motifs de Vivien, le rapporteur de la loi à l'Assemblée législative. En voici le passage principal : « La loi établit un recours indispensable et sans lequel la juridiction conférée à la section du contentieux eût été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux administratif proprement dit n'est pas toujours facile. Nous avons dit qu'il naissait au moment où un droit est méconnu. Mais la limite qui sépare les droits des intérêts n'est pas toujours certaine. D'ailleurs il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent des droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'appli-

cation des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque.»

Dans ce passage, Vivien exposait très clairement la théorie des actes de gouvernement, telle qu'elle était comprise et entendue par tous à son époque. A la vérité il y faisait rentrer des actes que personne, de nos jours, ne regarde plus comme gouvernementaux; tels étaient les actes d'administration discrétionnaire qui, en effet, n'ont pas été susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'État d'après une jurisprudence qui n'a disparu qu'en 1860. Mais d'un autre côté Vivien rangeait également dans son énumération des actes que les auteurs, qui restent partisans de la théorie classique, continuent encore aujourd'hui à regarder comme gouvernementaux.

L'article 47 de la loi du 3 mars 1849 a donc bien consacré la théorie des actes de gouvernement. A sa suite, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 a fait de même puisqu'il n'en est que la copie presque littérale. «Ce raisonnement, dit M. Berthélemy, peut difficilement nous décider. Si l'on admet, en effet,

que le législateur, en 1849 et en 1872, a entendu consacrer l'avis de Vivien on est conduit à accepter la thèse antilibérale qu'aujourd'hui tout le monde condamne. Et si l'on prétend au contraire que l'opinion de Vivien ne compte pas ici, ses paroles alors ne doivent être d'aucun poids pour l'interprétation du texte » (1).

Cette argumentation n'est que spécieuse et il nous semble qu'il est très facile de sortir du dilemme posé par l'auteur. Dans toutes les branches du droit et plus spécialement dans le droit administratif, quelle est donc la théorie qui soit restée identique à ce qu'elle était lors de sa naissance et comme figée dans l'interprétation qu'en donnaient la doctrine et la jurisprudence à l'époque de la rédaction du texte original qui se contentait d'en poser le principe? Tout au contraire il n'en est pour ainsi dire aucune qui n'ait évolué plus ou moins profondément, en traversant des phases plus ou moins nombreuses pour aboutir parfois à une transformation radicale. Est-ce donc une raison pour dire que le texte qui, anciennement et

(1) BERTHÉLEMY, *Traité de Droit administratif*, 6^e édition, 1910, page 101.

pour la première fois, en a posé le principe perd toute sa valeur, au point de ne même plus concerner la théorie en question? A ce compte il serait impossible par exemple de trouver la consécration originaire et unique, jusqu'à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, de la théorie du recours pour excès de pouvoir dans la loi des 7-14 octobre 1790. Et, si l'on songe aux nombreuses vicissitudes par lesquelles ce recours a passé depuis la fondation de la Troisième République et plus particulièrement depuis le début du ^{xx}^e siècle, la même impossibilité apparaîtrait même à l'égard de cet article 9 de la loi du 24 mai 1872. Cependant personne, que nous sachions, n'a été arrêté par pareille considération. Pourquoi dès lors en irait-il autrement à propos de la théorie des actes de gouvernement?

Aussi bien, dans la doctrine que nous combattons, que signifie alors l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et quelle part d'application est-il possible de lui assigner? (1) S'il ne s'agit pas des affaires gouvernementales, quelles seraient donc les affaires « n'appartenant pas au contentieux admi-

(1) Ce point de vue et les considérations qui vont suivre ont été développés par M. Jacquelin, à son cours.

nistratif » dont parle l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, comme en avait parlé l'article 49 de la loi du 8 mars 1849, et qui, portées devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, pourraient être revendiquées devant le Tribunal des Conflits pour les faire échapper à la juridiction administrative? On peut, à la vérité, songer aux affaires judiciaires qui seraient, par hypothèse, portées abusivement devant le Conseil d'Etat. Etant donné la généralité des termes du texte, il nous paraît exact de dire que si pareil cas venait à se présenter, le ministre de la Justice aurait en effet la faculté d'user des pouvoirs édictés par la disposition qui nous intéresse. Mais il faut immédiatement reconnaître que telle n'a pas été du tout la pensée du législateur. D'abord l'idée de la réciprocité en matière de conflits d'attribution, soutenue au début du xix^e siècle, est depuis longtemps abandonnée. Puis l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 résiste, dans son texte même, à cette interprétation : car il ne parle pas uniquement du ministre de la Justice, seul qualifié pour empêcher le Conseil d'Etat de statuer sur une affaire judiciaire, il mentionne « les ministres », par conséquent tous les ministres indistinctement. C'est une preuve de plus, jointe à

celle qui dérive de l'exposé des motifs de Vivien, qu'il s'agit bien là des affaires gouvernementales. Seule, cette interprétation est capable d'assigner à l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 une portée sérieuse; avec la doctrine qui nie la référence de cet article aux actes de gouvernement, le texte cesse de présenter aucun sens ni d'avoir aucune portée.

D'avoir consacré la théorie des actes de gouvernement, le législateur français doit-il ou non être blâmé ? On a prétendu l'en justifier. « Ce qui a créé la théorie des actes de gouvernement, c'est le besoin d'élever une barrière devant la justice administrative depuis qu'elle est devenue une justice déléguée. Cette barrière a été placée dans la distinction entre ce qui est gouvernement et ce qui est administration. Moyennant cette garantie d'indépendance bien modeste, le gouvernement laisse au Conseil d'Etat pleine liberté pour faire pénétrer les recours et, avec eux, la régularité dans toute l'administration; il lui abandonne même les actes les plus discrétionnaires, pourvu qu'ils soient administratifs et non pas gouvernementaux. Ceci est la condition de cela. On peut affirmer que si le gouvernement n'avait pas pleine sécurité pour une

certaine catégorie d'actes, il disputerait à la juridiction administrative tous les actes d'administration discrétionnaire. Il se mettrait sur la défensive. La théorie des actes de gouvernement est le résultat d'un compromis. On a mis certains actes hors de la légalité; moyennant ce sacrifice, tous les autres pourront être soumis progressivement à la légalité. Ce compromis avantageux donne au contentieux administratif et par là au droit public un vaste champ de développement.» (1) Ce passage contient plusieurs affirmations qui nous paraissent loin de la vérité.

Remarquons d'abord qu'il est inexact de rattacher la théorie des actes de gouvernement à la substitution, en 1849 et en 1872, du système de la justice déléguée à celui de la justice retenue. L'examen historique, tant soit peu attentif, de la jurisprudence du Conseil d'Etat montre clairement que celui-ci a fait des applications de la théorie des actes de gouvernement sous le régime de la justice retenue, bien mieux, que c'est sous ce régime qu'elle a pris naissance et que, tout à l'inverse, c'est sous le régime de la justice déléguée depuis

(1) HAURIOU, *Précis*, p. 82 et aussi note dans Sirey, 1893.3.129.

1872 que le domaine d'application de la théorie a subi des atténuations et des restrictions très appréciables, principalement par suite de la disparition de la doctrine qui fondait sur le seul mobile politique le caractère gouvernemental de l'acte.

Quant au prétendu compromis passé au plus grand avantage du développement du contentieux administratif, voilà certes une ingénieuse façon d'envisager et de présenter les choses. Mais, avec une pareille conception, il est toujours facile d'absoudre une institution de toute défectuosité, en érigeant cette dernière en rangon d'autres solutions plus heureuses. Ne faut-il pas, au contraire, reconnaître que la théorie des actes de gouvernement, quel que soit d'ailleurs le signe par lequel on veuille les distinguer des actes administratifs, met toujours en péril le droit de l'individu et cela par la conséquence désastreuse qu'elle entraîne, l'absence de recours devant un tribunal. Pour l'individu un autre système apparaît bien préférable : celui qui est pratiqué aux États-Unis et qui confère aux tribunaux judiciaires l'examen de la constitutionnalité de la loi et par suite aussi de l'acte de gouvernement. Car, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, si celui-ci échappe à la justice, c'est parce qu'il est

situé sur le même plan que la loi elle-même, parce que, comme elle, il ne relève que de la constitution et parce qu'en France les tribunaux, quel que soit l'ordre auquel ils se rattachent, ne se reconnaissent pas le pouvoir de juger de la conformité de l'un ou l'autre de ces actes avec l'acte de souveraineté supérieure qu'est la constitution.

Quoi qu'il en soit, s'il est peut-être excessif de dire que les critiques portées contre la théorie des actes de gouvernement « ont toujours émané de juristes sans expérience politique personnelle ou qui n'ont pas voulu se placer dans le courant d'idées de l'expérience politique » (1) il nous paraît à coup sûr inexact d'affirmer que cette théorie s'inspire d'« une doctrine absolument surannée, contradictoire à l'évolution démocratique des idées » (2). La vérité, très bien vue et indiquée par Laferrière, c'est que « les principes généraux du droit public et la nature même des choses imposent la distinction de

(1) HAURIOU, Publications du Comité National, fascicule C cité *supra*, page 2.

(2) J. BARTHÉLEMY, *Le principe de la réparation intégrale des dommages causés par la guerre*, Publications du Comité National, fascicule B, page 31.

l'acte de gouvernement et de l'acte d'administration». La vérité est aussi qu'il faut tenir pour acquis que cette distinction se trouve consacrée par notre droit positif.



III

Sans vouloir rechercher le criterium auquel on peut reconnaître l'acte de gouvernement de l'acte administratif, sans vouloir davantage nous arrêter à fixer avec précision la liste complète des actes gouvernementaux, il nous suffira de constater que l'accord est fait depuis longtemps pour ranger dans cette liste la guerre, les faits de guerre et les dommages qui en dérivent. Ainsi la jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens que les faits de guerre les plus individuels comme l'occupation d'un domaine ou la démolition d'une maison doivent être regardés et traités comme des actes de gouvernement, échappant à tout recours juridictionnel, du moment qu'ils apparaissent comme la conséquence directe et immédiate de la défense nationale (Conseil d'État, 5 janvier 1847, Courson; — 20 avril 1867, Dubois; — 12 février 1870, Limantour; — 18 mai 1877, Banque de France; — Conflits, 23 juillet 1875, Villebrun; — 15 novembre 1879, Sicart). Dans la guerre actuelle, la même jurisprudence s'est affirmée à nouveau aussi nette que possible. Il faut

retenir en particulier l'affaire Augé. Il s'agissait d'un propriétaire d'un immeuble, sis à Neuilly, qui, dans la nuit du 20 au 21 mars 1915 avait été gravement endommagé par une bombe lancée par un dirigeable allemand; il avait assigné en référé devant le président du tribunal de la Seine la ville de Neuilly et le ministre de l'Intérieur, représentant l'État, aux fins de nomination d'un expert qui devait avoir pour mission de vérifier les lieux, de procéder au constat des dommages, d'en fixer les causes et l'étendue et d'en déterminer l'évaluation. Le président du tribunal de la Seine a rendu une ordonnance aux termes de laquelle « en l'état actuel de la législation, la responsabilité judiciaire des communes ou de l'État n'est pas engagée, quand la responsabilité est motivée par des dommages qui sont la conséquence des faits de guerre; que dès lors la demande du sieur Augé... doit être écartée comme irrecevable ». Dans le même sens a statué le tribunal de la Seine par jugement du 26 janvier 1916, affaire Bricout (1).

(1) Décisions rapportées par M. DESPLAS, en sa qualité de député rapporteur de la Commission des dommages de guerre. Doc. parl. Chambre des députés, annexe n° 2, 345, *J. off.* du 14 septembre 1916, page 1178.

Si telle est en effet la solution qui découle de la législation existante, est-ce à dire que telle doive être également celle de la législation future? Et la nature incontestablement gouvernementale de l'acte forme-t-elle un obstacle insurmontable à la reconnaissance du droit à la réparation des dommages de guerre? La rigueur de la notion gouvernementale, qui exclut logiquement tout recours juridictionnel, ne peut-elle donc s'assouplir et fléchir? Heureusement il n'en est pas ainsi.

Il y a déjà des cas, qui sont autant de précédents précieux, dans lesquels une matière gouvernementale de sa nature est entrée dans le droit en fondant un recours juridictionnel.

Tel était le cas, avant la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, de l'appel comme d'abus ecclésiastique, du moins lorsque ce recours était formé contre un ministre de l'un des cultes reconnus.

Tel est, encore aujourd'hui, le cas du recours prévu par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806; c'est un recours contre les décrets délibérés en Conseil d'Etat; il s'exerce par une requête adressée au chef de l'Etat lui-même; le décret attaqué ne peut être annulé ou réformé que par un autre décret

rendu sur l'avis d'une section du Conseil d'Etat vu d'une commission formée de membres choisis dans ce Conseil; cet avis d'ailleurs ne lie en rien le chef de l'Etat, qui reste maître de sa décision. C'est donc là un recours ultime au gouvernement mieux informé en vue d'obtenir la réparation des erreurs et le redressement des torts causés; il est toujours en vigueur, ainsi que l'a reconnu un avis du 4 juin 1878 émané des sections réunies de l'Intérieur et du Contentieux du Conseil d'Etat.

D'autres recours encore peuvent être cités comme présentant ce caractère d'intervenir à propos d'affaires traitées comme gouvernementales. Car ces recours sont toujours portés devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, qui n'est pas une formation contentieuse, et quand ils triomphent, ils aboutissent, non à un arrêt, mais à un décret d'annulation des actes attaqués. Ainsi en est-il des recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux (loi du 10 août 1871, articles 33 et 47); — des recours formés en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 contre les arrêts préfectoraux créant des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi; — des recours formés contre les déci-

sions des Conseils de préfecture en matière d'autorisations de plaider, cas devenu rare aujourd'hui depuis la loi du 8 janvier 1905 qui a supprimé au profit des communes cette formalité et qui ne l'admet plus qu'à titre exceptionnel à propos des établissements publics; — des recours relatifs au privilège de la Banque de France.

A la vérité, dans toutes ces hypothèses, on peut très fortement soutenir qu'il y a un véritable abus de la notion gouvernementale et qu'alors, non seulement le recours juridictionnel se justifie, mais même il devrait obéir aux règles ordinaires des recours déferés au Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Mais il existe une autre matière qui, celle-là, est certainement gouvernementale de sa nature et qui pourtant comporte un recours juridictionnel. C'est la matière des prises maritimes. En premier ressort, le recours en validité des prises maritimes est jugé par le Conseil des prises et il vient en appel devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat sur le rapport de la section correspondante au ministère de la Marine. Le Conseil d'Etat déclare toujours non recevables les recours formés devant lui par voie de requête contentieuse; il statue

selon la procédure consultative et se borne à préparer des projets de décrets; d'ailleurs le jugement sur la validité des prises est rendu d'office, même en l'absence de toute contestation entre capteurs et capturés; enfin le juge des prises statue non en droit, mais en équité et prend en considération toutes les circonstances susceptibles de faire admettre des ménagements à l'égard des puissances alliées, amies ou neutres. Les règles ordinaires du droit plient alors devant les exigences de l'opportunité gouvernementale.

Si nous avons jugé utile de mentionner ces divers recours, c'est uniquement pour montrer que, dans certains cas, exceptionnels à vrai dire, mais enfin dans certains cas, la loi elle-même est déjà entrée dans la voie des recours juridictionnels à propos d'affaires dont les unes présentent certainement le caractère gouvernemental, dont les autres ont été regardées, plus ou moins à tort, comme le présentant. Ce n'est en aucune manière pour en conclure que le recours, à reconnaître par la loi future, au profit des victimes des dommages de guerre, doive être organisé sur ce modèle. Rien n'empêche au contraire qu'il soit organisé sur des bases moins fragiles, à titre de sanction d'un droit individuel.

Pour qu'il en soit ainsi, l'intérêt bien compris du gouvernement suffirait à lui seul; mais en outre, cette solution dépend dans une large mesure du fondement justificatif sur lequel on entend asseoir le droit en question (1). Ici il nous suffit d'avoir montré que la nature gouvernementale de l'acte dommageable ne saurait constituer, pour la loi à faire, un obstacle absolu.

A s'en tenir strictement à la rigueur logique de la notion gouvernementale, exclusive de tout recours contentieux, on s'expose à un péril d'une extrême gravité. La base normale et ordinaire de l'obligation d'indemniser réside dans la responsabilité, née elle-même de la faute. Cette base pourrait-elle donc suffire pour fonder le droit à la réparation des dommages de guerre? « Il ne sera pas toujours impossible, en fait, de rattacher à une faute de l'Etat l'existence ou l'étendue du dommage subi par les habitants des régions envahies. Il peut y avoir, à l'origine de la guerre, une faute du service

(1) JACQUELIN, *Le droit social et la réparation des dommages en régions envahies*, 1917.

JACQUELIN, Le caractère individuel du droit à la réparation des dommages en régions envahies, *Revue politique et parlementaire*, mars 1917.

diplomatique : la guerre aurait pu être évitée, on aurait pu avoir des alliés, donc être plus fort, donc éviter l'invasion; il peut y avoir une faute politique du gouvernement, la guerre a été engagée trop tôt ou trop tard, à un moment où le pays n'était pas encore prêt ou ne l'était plus; — on pourrait dégager encore une faute du service public de la défense nationale : il était peut-être possible d'organiser mieux le service de la défense nationale en sorte que la guerre, au lieu d'être subie sur le territoire national, aurait pu être portée sur le territoire ennemi; il peut y avoir eu des erreurs grossières, équivalant à des fautes lourdes, sur la nature et la puissance des armements nécessaires; il peut y avoir par conséquent des fautes du Parlement, du Gouvernement, des autorités militaires, donc des fautes de l'État; — il n'est pas impossible enfin qu'il y ait eu des fautes graves de tactique de la part des chefs militaires : avec plus d'habileté n'auraient-ils pas pu éviter l'invasion? Ce gouverneur d'une place forte a-t-il opposé toute la résistance nécessaire? L'État, qui est responsable de l'erreur d'un ingénieur, dont le pont s'écroule, ne peut-il pas être rendu responsable de la faute de ses chefs militaires? — L'étendue du dommage

peut être aggravée par la faute des gouvernants : prévenus à temps, les envahis auraient pu mettre à l'abri leur bétail, leurs approvisionnements, leurs objets précieux, leurs valeurs mobilières, mais la presse est muselée, le télégraphe arrêté, la correspondance paralysée; on n'a de nouvelles que celles que laisse filtrer le gouvernement qui, poursuivant un but tactique ou politique, dissimule ou altère la vérité dans les communiqués qu'il fait à la presse : « L'ennemi est loin, il sera arrêté, le pays ne sera pas envahi... » Confiant dans ces paroles officiellement rassurantes, l'envahi n'a pris aucune précaution et, par la faute du gouvernement, ses pertes sont multipliées. On n'a donc pas le droit d'affirmer in-abstracto : il n'y a pas faute de l'État ». (1).

La plupart de ces réflexions nous semblent d'une grande justesse. Le moins qu'on puisse dire, et qui ressort avec évidence du Livre jaune, publié au début de cette guerre par le Ministère des Affaires étrangères, c'est que le gouvernement français était prévenu par tous ses agents diplomatiques

(1) BARTHÉLEMY, Le principe de la réparation intégrale des dommages causés par la guerre, Publications du Comité National, fascicule B, pages 25 et 26.

des préparatifs belliqueux et des desseins hostiles de nos ennemis. Avait-il besoin d'ailleurs, pour être fixé, de ces avertissements ? Depuis 1902, l'Allemagne ne persévérerait-elle pas dans la politique d'accroissement continu et quasi-annuel de ses effectifs, comme aussi des crédits destinés au renforcement de son matériel militaire ? La politique extérieure, suivie avec persistance par les puissances de l'Europe centrale depuis le début du ^{xx}^e siècle dans les divers conflits internationaux ne suffisait-elle pas en outre à montrer qu'à l'heure jugée propice, elles n'hésiteraient pas à mettre leurs armes au service de leur diplomatie ? En particulier, les craintes de guerre, répétées à plusieurs reprises au sujet du Maroc n'étaient-elles pas des signes précurseurs sur la portée desquels on ne pouvait se méprendre ? En face de ces menaces à jet continu, venant d'un ennemi armé d'une façon formidable, le gouvernement français animé d'un sincère et ardent souci de conserver la paix, ne devait-il pas se résoudre avec autant d'énergie que de promptitude aux seules mesures propres à en assurer le maintien, en sachant tenir la nation constamment prête à parer le coup ? Peut-il donc, en toute conscience, se flatter d'avoir rempli tout son devoir, principa-

lement en maintenant toujours intact l'esprit de discipline et en plaçant le prestige de l'armée hors de toute atteinte, en organisant sur de fortes bases le service de contre-espionnage, en aménageant tous les autres services et en entretenant les arsenaux à l'aide de crédits suffisants et d'un emploi sagement compris, en adoptant résolument et sans retard la prolongation du service militaire, en prenant en un mot les mesures les plus essentielles, parmi beaucoup d'autres, pour briser par avance l'espoir de ceux qui, de l'autre côté de la frontière, ne vivaient qu'en l'attente de l'heure favorable à l'agression ? S'il n'a pas tenu cette conduite, le gouvernement français a manqué gravement à sa mission et a commis une faute lourde. Mais juridiquement cette faute, à supposer qu'elle existe et qu'elle puisse être établie sans nul doute possible, n'est pas celle de l'Etat, personnification de la nation, c'est la faute du gouvernement. Car l'idée n'est encore venue à personne de rendre l'Etat responsable des conséquences dommageables de la politique suivie, voire même imposée par le Parlement. En présence d'une faute politique, la sanction, à défaut d'autre, pourrait-elle être d'un ordre différent ?

Venant s'ajouter aux considérations de justice qui commandent la reconnaissance du droit à la réparation des dommages de guerre, un puissant intérêt politique est donc en jeu. A le négliger, on court grand risque de creuser un abîme entre deux Frances divisées, celle qui a supporté tout le poids de l'invasion et qui, quoi qu'on fasse, sortira de là meurtrie et appauvrie pour longtemps, et d'autre côté celle qui a été épargnée et qui, même parfois s'est enrichie. Ce monstrueux échec à l'égalité devant les charges publiques n'exige-t-il pas impérieusement réparation ? C'est en cette idée de justice que réside la vraie base du droit de l'individu à être indemnisé des dommages de guerre qu'il a subis. Et c'est cette même idée de justice en laquelle vient se résumer tout l'intérêt gouvernemental bien entendu. Depuis la Révolution, les populations du Nord et de l'Est de la France ont connu cinq fois les horreurs de l'invasion ; depuis 1870 beaucoup d'entre ces hommes en ont souffert à deux reprises de leur existence. De pareils faits, s'ils ne vont pas jusqu'à entraîner l'esprit de révolte, peuvent-ils engendrer dans les âmes autre chose qu'amertume pour le passé et défiance pour l'avenir ? Tout gouvernement français

ne doit-il pas prendre à tâche d'effacer du cœur de ces malheureux de tels sentiments, autant du moins qu'il est possible ?

En définitive, en cette matière, l'intérêt gouvernemental, loin de conduire comme à l'ordinaire, au sacrifice du droit individuel et à l'exclusion de sa véritable sanction pratique, l'action en justice, milite au contraire très puissamment pour faire admettre ces solutions.

Lu et approuvé : *le Président*,
RENÉ JACQUELIN.

Vu : *le Doyen*,
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
POINCARÉ.

PITHIVIERS. — IMP. DU RECUEIL SIREY. — 11380.

PITHIVIERS. — IMP. DU RECUEIL SIREY. — 11382.
